

**Titel:**

**Zur Verteilung der funktionellen Zuständigkeit zwischen Richter und Rechtspfleger für die Erteilung eines auf eine letztwillige Verfügung gestützten Erbscheins**

**Normenketten:**

BGB § 2353

FamFG § 69, § 352e

RPfLG § 16 Abs. 1 Nr. 6, § 19 Abs. 1 Nr. 5

BayAufhRiVBV § 1a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2

**Leitsätze:**

1. Zur Frage der Heilung einer Entscheidung eines funktionell unzuständigen Rechtspflegers über einen Erbscheinsantrag, dem unterschiedliche Rechtspositionen betreffend letztwillige Verfügungen als Berufungsgrund zugrunde liegen. (Rn. 6 – 10)

2. Für eine Heilung des funktionellen Zuständigkeitsverstoßes mittels nachfolgender Entscheidung des Nachlassrichters im Rahmen eines Abhilfeverfahrens ist bereits dann kein Raum, wenn die Abhilfeentscheidung nicht die für das Abhilfeverfahren gebotene Begründungsintensivität aufweist (im Anschluss an OLG München Beschluss vom 7.3.2019 - 1 Wx 146/19, FGPrax 2019, 96). (Rn. 8 – 10)  
Das Verfahren über die Erteilung eines Erbscheins ist nach § 1a Abs. 2 AufhRiVBV (Betreuungsverfahrenaufhebungsverordnung) dem Richter zur weiteren Bearbeitung vorzulegen, wenn ein Beteiligter im Rahmen des Verfahrens geltend macht, dass für die Bestimmung der Erbfolge nach dem Erblasser nicht dasjenige Testament maßgebend sei, auf das der Erbscheinsantrag gestützt wird, sondern ein anderes Testament. Insoweit sind im Verfahren widerstreitende Positionen verschiedener Beteiligter klar zum Ausdruck gekommen, zwischen denen zu entscheiden ist; auf einen förmlichen Antrag oder die förmliche Beteiligtenrolle der Vertreter der widerstreitenden Interessen kommt es nicht an. (Rn. 3 – 4)  
(redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Erbscheinerteilungsverfahren, Erbschein, funktionelle Zuständigkeit, Richtervorbehalt, Streitiges Verfahren, Heilung des Zuständigkeitsverstoßes, Nichtabhilfeentscheidung, Begründungsintensivität

**Vorinstanz:**

AG Kempten, Beschluss vom 03.02.2021 – 551 VI 1000/19

**Fundstellen:**

ErbR 2021, 684

LSK 2021, 11409

ZErB 2021, 374

ZEV 2021, 542

BeckRS 2021, 11409

**Tenor**

1. Der Beschluss des Amtsgerichts Kempten - Nachlassgerichts - vom 3.2.2021 wird aufgehoben.
2. Die Nichtabhilfeentscheidung des Amtsgerichts Kempten - Nachlassgericht - vom 19.3.2021 wird aufgehoben.
3. Die Akten werden zu Händen des Nachlassrichters des Amtsgerichts Kempten zur weiteren Durchführung des Verfahrens zurückgeleitet.

**Gründe**

I.

1

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache insoweit einen vorläufigen Erfolg, als sie zur Aufhebung des Beschlusses des Nachlassgerichts vom 3.2.2021 samt Nichtabhilfeentscheidung vom 19.3.2021 führt, da die Rechtspflegerin für die Entscheidung vom 3.2.2021 über den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 vom 21.11.2020 funktionell nicht zuständig war.

2

1. Für die Entscheidung über den Erbscheinsantrag, der auf den Berufungsgrund einer letztwilligen Verfügung der Erblasserin vom 16.4.2010 gestützt wurde, war nicht die erkennende Rechtspflegerin, sondern der Nachlassrichter funktionell zuständig.

3

a) Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 6 RpfLG ist die Erteilung eines Erbscheins, die auf eine letztwillige Verfügung gestützt wird, grundsätzlich dem Richter vorbehalten. Dies ist nur dann nicht der Fall, sofern dem Rechtspfleger gemäß einer nach § 19 Abs. 1 Nr. 5 RpfLG erlassenen Rechtsverordnung die Erteilung übertragen wurde und die dort gegebenen Voraussetzungen für die Begründung der Zuständigkeit eines Rechtspflegers erfüllt sind. Eine solche Ermächtigung liegt in § 1a Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung zur Aufhebung von Richtervorbehalten (AufhRiVbV) vom 15. März 2006, zuletzt geändert durch Verordnung vom 17. August 2015 vor, wobei aber nach § 1a Abs. 2 das Verfahren dem Richter zur weiteren Bearbeitung vorzulegen ist, sofern Einwände gegen den Erlass der beantragten Entscheidung erhoben werden.

4

b) Solche Einwände wurde von der Beschwerdeführerin bereits im Rahmen des Erbscheinerteilungsverfahrens insoweit erhoben, als diese in ihrem Schreiben vom 8.6.2020 angebracht hat, dass für die Bestimmung der Erbfolge nach der Erblasserin nicht das Testament vom 16.4.2010 (Auslegung gemäß Nachlassgericht: Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 zu je  $\frac{1}{2}$ ), sondern das vom 3.7.1992 (= Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten zu 1) maßgebend ist. Insofern liegt bereits ein Streitiges Verfahren vor, da zwischen widerstrebenden, im Verfahren klar zum Ausdruck gebrachten Positionen verschiedener Beteiligter zu entscheiden war, wobei es weder auf einen förmlichen Antrag noch auf die förmliche Beteiligtenrolle der Vertreter der widerstrebenden Interessen ankommt. Maßgeblich sind allein die im Verfahren zum Ausdruck gebrachten unterschiedlichen Rechtspositionen (vgl. dazu Gierl in: Burandt/Rojahn Erbrecht 3. Auflage <2019> 352e Rn. 6; OLG München ZEV 2017, 331). Insofern ist entgegen der von der Rechtspflegerin ursprünglich vertretenen Rechtsauffassung unmaßgeblich, ob die Beschwerdeführerin einen entgegengesetzten Erbscheinsantrag gestellt hat. Im Übrigen hatte die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 8.6.2020 ausdrücklich einen Erbschein beantragt, der sich nach der Erbfolge gemäß dem Testament vom 3.7.1992 bestimmt. Demgemäß war für die von der Rechtspflegerin getroffene Entscheidung vom 3.2.2021 von vornherein kein Raum, sondern die unmittelbare Vorlage des Verfahrens an den funktionell zuständigen Nachlassrichter zum Zwecke der Entscheidung über die Erbscheinsanträge geboten.

5

c) Demgemäß kann die Entscheidung bereits deswegen keinen Bestand haben (OLG München a.a.O.; OLG Braunschweig BeckRS 2021, 206; OLG Hamburg FGPrax 2018, 223).

6

2. Eine Heilung des Zuständigkeitsverstoßes durch die im Nachgang erfolgte Nichtabhilfeentscheidung des Nachlassrichters ist nicht erfolgt.

7

a) Es erscheint bereits fraglich, ob vorliegend überhaupt die Möglichkeit einer Heilung besteht, da die Verletzung der funktionellen Zuständigkeit die Unwirksamkeit der Entscheidung der Rechtspflegerin bedingt (vgl. OLG Hamburg a.a.O.) und daher für die Nichtabhilfeentscheidung des Nachlassrichters bereits eine von ihm getroffene Ausgangsentscheidung fehlt. Insofern stellt sich die Nichtabhilfeentscheidung im Kern als Erstentscheidung des an sich funktionell zuständigen Nachlassrichters dar und würde im Ergebnis zu einer im Gesetz nicht vorgesehenen Verkürzung des Abhilfeverfahrens und damit des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin führen.

8

b) Eine abschließende Klärung der Problematik bedarf es aber letztendlich nicht, da die Nichtabhilfeentscheidung des Nachlassrichters nicht den Anforderungen der im Sinne des § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG gebotenen Begründungsintensität des § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG entspricht.

## 9

Die Beschwerdeführerin hatte bereits im Erbscheinerteilungsverfahren ausdrücklich einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gestellt, den sie auf das Testament vom 3.7.1992 gestützt hat (vgl. Schreiben v. 8.6.2020) und in dem Schreiben ausdrücklich und detailliert auf die inhaltlichen Auffälligkeiten des Testaments vom 16.4.2010 hingewiesen, die nach ihrer Auffassung für einen Entwurf eines Testaments durch die Erblasserin hindeuten (z.B. Wir-Form, kein Eigentum der Erblasserin betreffend das Anwesen G.weg 79, das Gegenstand von Anordnungen in dem Testament ist). Eine diese Punkte umfassende Erörterung findet sich in der Entscheidung der Rechtspflegerin vom 3.2.2021 nicht. Diese erschöpft sich in den pauschalen Ausführungen als „Züge eines Entwurfs“, wobei bereits unklar ist, welche konkreten Punkte des Testaments sie darunter versteht, ob sie diese überhaupt umfassend mit gewürdigt und wie diese Punkte zueinander gewichtet hat.

## 10

Auf die inhaltlichen Auffälligkeiten des Testaments vom 16.4.2010 hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift erneut konkret hingewiesen. Mit diesen setzt sich aber auch die Nichtabhilfeentscheidung des Nachlassrichters nicht auseinander, sondern sie würdigt das Beschwerdevorbringen als einen Vortrag, der keine tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte enthält, mit denen sich die angefochtene Entscheidung nicht ausreichend befasst hat. Dies ist aber - wie dargelegt - gerade nicht der Fall. Eine konkrete und umfassende Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin erfolgt auch in der Nichtabhilfeentscheidung nicht.

II.

## 11

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

## 12

1. Es ist bereits fraglich, ob wie von der Rechtspflegerin und dem Nachlassrichter angenommen die Beschwerdeführerin überhaupt selbst einen Erbscheinsantrag gemäß Testament vom 16.4.2010 gestellt hat. In der Niederschrift vom 21.11.2010 ist zwar die Anwesenheit von Rechtsanwalt W. für die Beschwerdeführer vermerkt wie auch dessen Unterschrift betreffend die Niederschrift. Ausweislich der Niederschrift findet sich bis auf die Erklärung für die vertretene Beschwerdeführerin betreffend die Annahme der Erbschaft keine weiteren Erklärungen von ihr, sondern allein Erklärungen der Beteiligten zu 1. Auch die eidesstattliche Versicherung wie auch die übrigen Erklärungen i.S.d. § 352 FamFG wurden allein von der Beteiligten zu 1 abgegeben. Vor diesem Hintergrund ist unklar, ob nach der Annahmeerklärung der Beschwerdeführerin die Antragstellung betreffend den Erbschein von beiden potenziellen Miterbeninnen jeweils erfolgt ist.

## 13

2. Soweit die Abgabe des Testaments vom 16.4.2010 durch den Ehemann als Indiz für den Testierwillen der Erblasserin erachtet wird, ist dies nicht zwingend, da der Ehemann ausdrücklich den Testierwillen seiner Ehefrau in Abrede stellt. Ermittlungen über die Entstehungsgeschichte des Schriftstückes, insbesondere Stellungnahmen/Einvernahmen des Ehemannes, der Kinder der Ehefrau wurden bisher nicht durchgeführt (z.B. Beweggründe für eine etwaige Neutestierung trotz amtlicher Verwahrung eines bereits errichteten Testaments).

## 14

3. Ungeklärt ist auch die Frage der Auffindung des Testaments vom 16.4.2010 wie auch Feststellungen betreffend die Aufschrift auf den Umschlag, in dem sich das Testament befunden hat.

III.

## 15

Im Hinblick auf den Erfolg der Beschwerde ist weder eine Kostenentscheidung noch die Festsetzung des Geschäftswerts für das Beschwerdeverfahren veranlasst.

IV.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.